الحق في الحق

(بحث في فكرة التكون المتتابع للحق في الفقه الإسلامي)

بقلم الدكتور محمد شتا أبو سعد*

الحمد لله وكفى، والصلاة والسلام على نبيه الذي اصطفى أما بعد:

فإن الله سبحانه وتعالى قد أقام الكون كله لتحقيق رسالة الحق(١)، وهي رسالة ظلت قائمة على مدار عهود الإسلام، إلى أن بليت الأمة الإسلامية بالاستعمار، الذي جلب إلينا القوانين الوضعية، وأكرهنا عليها، ولم ينج من ذلك سوى المملكة العربية السعودية(٢)، حيث قامت الدولة السعودية الأولى على أساس شرعي بحت(٣)، كما استمر ذلك قائماً في الدولة السعودية الثانية من خلال سبعة عشر حاكماً سعودياً(٤)،

(١) د. فيصل بن مشعل بن سعود بن عبدالعزيز آل سعود، رسائل أئمة دعوة التوحيد، مكتبة العبيكان ١٤٢٢هـ، ص ١٥ وما بعدها.

(٢) د. محمد شتا أبو سعد، مداخلته بالمؤتمر الدبلوماسي المعني ببعض مسائل حق المؤلف والحقوق المشابهة، جنيف٢/١٢/١٩٩٦م، ملحق الوثيقة ٠٣٤٧ر/١٢٤٦١/د/س ص٦.

٣ـ د. عبدالفتاح حسن أبو علية، محاضرات في تاريخ الدولة السعودية الأولى، دار المريخ، ط. ٢, ١٤١١هـ، ص ١١٥.

٤ ـ د. عبدالرحمن بن عبدالعزيز الشلهوب، النظام الدستوري في المملكة العربية السعودية، ط ١, ١٤١٩هـ ص ص ١٣٨ ـ ١٤٣.

* أستاذ بالمعهد العالي للقضاء ـ في الرياض رئيس محكمة استئناف القاهرة وأمن الدولة العليا محكم دولي وخبير قانوني دولي بالأمم المتحدة «الوايبو» عضو بالمجالس القومية المتخصصة برئاسة جمهورية مصر العربية، عضو مجلس إدارة الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، عضو مجلس إدارة الجمعية الخيرية الإسلامية، له خمسون كتاباً منشوراً.

ومن بداية الدولة الثالثة حوّل الملك عبدالعزيز مبادىء الشريعة الإسلامية من مبادىء نظرية إلى تطبيقات عملية(٥)، وهكذا أصبح من الضروري الدفاع عن كلمة الحق ضرورة أن الدفاع عنها دفاع عن الإسلام، فالإسلام هو دين الحق(٦) وقد كرس هذه الحقيقة النظامُ الأساس للحكم في المملكة.

وإذا كان الله سبحانه وتعالى هو الحق، فقد شاء جل شأنه أن يهدينا إلى إسباغ وصف الحق على كل ما نستأثر به من خير ويستحق حماية الشريعة والأنظمة(٧)، ولكن دارسي الأنظمة الوضعية يتكلمون في مناسبات عديدة، عن مصطلح الحق في الحق(٨) أو الرخصة، وذلك عند الحديث عن تدرج الحقوق، وعند معالجة موضوع الشفعة، أو عند بيان كيفية حماية الحقوق(٩)، وهل يحظى الحق في الحق بنفس الحماية(١٠)، فيقال إن الإنسان الذي له حق في أن يكون صاحب حق يستحق الحماية القضائية؟ ولكن هذا الاتجاه لا يهتم كثيراً بما إذا كان كسب الحق حلالاً أو حراماً، وإذا كان الحق في الحق مشروعاً أو غير مشروع لذا تجدر دراسة هذا الموضوع لتجلية غموضه، وسنعرض بمشيئة الله تعالى لمفهوم الحق في الحق، وهل عرفه فقهاء الشريعة المحدثون، وموقفِ القضاء من مباحث هذا المصطلح.

---

٥ ـ انظر المرجع السابق ص ص ١٥٠ ـ ١٥١.

٦ ـ د. محمد شتا أبو سعد، التشريع الإسلامي هو وحده التشريع الحق، محاضرة ألقيت نصاً على رجال القضاء العسكري دورة راقية ودورة متقدمة بالمركز القومي للدراسات القضائية، مطبوعة ١/٧/٢٠٠٠م ص ص ٣ ـ ١٦ وعلى رجال القضاء العرب بالمركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية ٧/٧/٢٠٠٠م.

(٧) محمد سلام مدكور، المدخل الفقهي الإسلامي ط ١ ـ ١٩٦٣م ص ١٨ وما بعدها، منصور المنصور، حق المخترع في الفقه والنظام، بحث ماجستير، ١٤١٧هـ «المعهد العالي للقضاء» ص ١٦ وما بعدها.

(٨) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط ج ٣ طبعة نادي القضاة أوصاف الالتزام، ص ٧ وما بعدها، وذلك في عرض نظرية التكون المتتابع للحق، وقلد قدم تدرجاً للحقوق يتمثل في أن أقوى الحقوق هو ما كان حقاً باتاً ناجزاً، نافذاً، وأن أضعف الحقوق هو ما كان حقاً احتمالياً ينقصه ركن من أركانه أو عنصر من عناصره، وبينهما يوجد الحق المضاف إلى أجل فاسخ، ثم واقف، ثم شرط فاسخ، ثم واقف وهكذا، انظر في عرض النظرية د. محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي، رسالة القاهرة ١٩٨٠ ص ٨٠ وما بعدها، ود. عبدالله الجليل، الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام والآداب رسالة القاهرة ط ١ ص ٨ وما بعدها، د. عبدالناصر توفيق العطار، الأجل في الالتزام رسالة القاهرة ط ١ ص ١٧، وما بعدها، وفي الرخصة انظر د. جميل الشرقاوي نظرية الحق ط ١ ص ٧ وما بعدها، ود. عبدالمنعم فرج الصدة، حق الملكية، القاهرة ١٩٦٧م ص ٦٠٨ وما بعدها بصدد الحديث عن الشفعة.

(٩) د. محمد شتا أبو سعد، نظرية الدعوى والدعاوى الخاصة في قانون الإجراءات المدنية الإسلامي السوداني ط ١٩٨٦م ص ص ٤ ـ ٥٥٠.

(١٠) يستحق هذا الموضوع عناية الفقه لما أنه يثور في معاملات اقتصادية معاصرة مثل معاملات البورصة، انظر بحث: علي بن حيدر الوصابي، البورصة، الذي أعده لنيل درجة الدكتوراه من المعهد العالي للقضاء، وأشرفنا عليه فيه، وخلص إلى نتائج مهمة في الموضوع ص ص ١٨ ـ ٥٤٠.

أولاً: مفهوم الحق في الحق

أولاً: المفهوم والأمثلة:

يطلق مصطلح «الحق في الحق» ويقصد به: الأثر(١١) المترتب على ارتباطٍ بتصرف شرعي غير ناجز(١٢) ويمكن أن يترتب عليه شرعاً(١٣) «أو نظاماً» حق ناجز.

وقيد «الشرعية» قيد جوهري لأنه هو الذي يخول القضاء(١٤) سلطة حماية الحق في الحق، لأنه إذا لم يكن مشروعاً فلا مجال لحمايته ولا محل للمطالبة به. (١٥)

وتتدرج(١٦) صور إسباغ المشروعية على الحق في الحق:

- فهي قد توجد في العقد المضاف فيقر الشارع الأعظم الحق الذي يأمل المتعاقد في اكتسابه، ومثال ذلك إبرام عقد وإضافة تنفيذه إلى أجل، أي إضافة تنفيذه إلى واقعة تحل لا محالة سواء كانت معينة أم غير معينة، ومثال الواقعة المعينة أن يضيف المتعاقدان عقدهما إلى تاريخ لاحق كيوم أو شهر أو سنة(١٧)، أما الواقعة غير المعينة فمثالها تعليق أمر بالوفاة مثلاً، فالوفاة واقعة لا محالة، ولكن أحداً لا يعلم متى تقع أو متى سيحل الأجل(١٨)، ومن هنا عرفت الوصية بأنها تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت. (١٩).

(١١) أستاذنا الشيخ محمد أحمد فرج السنهوري رحمه الله، محاضرات في استلحاق ولد الزنا، لقسم الدكتوراه بحقوق القاهرة ص ٨ وما بعدها.
(١٢) أستاذنا الشيخ أحمد إبراهيم رحمه الله، مذكرة مبتدأة في الالتزامات ط ١٩٤٨م ص ١٥.
(١٣) أستاذنا الشيخ محمد سلام مدكور رحمه الله الأمر في نصوص التشريع الإسلامي ودلالته على الأحكام، محاضرات لطلاب الدكتوراه بحقوق القاهرة ١٩٦٨م، ص١٧ وما بعدها.
(١٤) أستاذنا الشيخ عباس متولي حمادة رحمه الله، أصول الفقه ط ١٩٦٦م ص ٤٧ وما بعدها.
(١٥) أستاذنا الشيخ زكريا البري، رحمه الله، الزواج ١٩٦٥م ص ١٠٧.
(١٦) يعرف فكرة التدرج هذه كل أساتذة الشريعة الغراء، وإن كان أي منهم لم يضعها في إطار نظري، مثل جان موريس فردية «وهو يتكلم عن المشروعيةالنظامية» في رسالته للدكتوراه من جامعة باريس ط. ١٩٥٥م بعنوان «الحقوق الاحتمالية، مساهمة في دراسة التكون المتتابع للحق، وقد انتقدنا تصوره المبني على إقرار فكرة الغرر في رسالتنا للدكتواه في موضوع الشرط.
(١٧) د. عبدالناصر العطار، الأجل في الالتزام ط ١٩٦٤م ص ١٨ وما بعدها.
(١٨) زهدور محمد، الوصية، رسالة جامعة بن عكنون بالجزائر ١٩٧٧م ص ١٨ وما بعدها.
(١٩) د. عبدالمجيد مطلوب، رحمه الله ، الوصية ١٩٨٥م ص ٧ وما بعدها.

ـ وقد توجد الشرعية في بعض حالات تعليق العقود ـ القابلة للتعليق ـ على شرط واقف، والشرط الواقف هو أمر مستقبل(٢٠)، غير محقق الوقوع(٢١) يترتب على تحققه وجود الالتزام(٢٢) ومثال ذلك وعد أول المتسابقين بجائزة عند تحقيق السبق، خلال مدة معينة(٢٣)، لكن مثل هذا التعليق لا يجوز في بعض العقود كالنكاح لشرفه، وغير ذلك من العقود التي تتنافى طبيعتها مع التعليق(٢٤).

ـ ولكن الشرعية تتوارى كلية في بعض المعاملات التي يتطرق إليها الغرر(٢٥) أو عقود الغرر ذاتها ومثالها بيع الحقوق الاحتمالية التي لا يترجح فيها وجود الحق مطلقاً، بل يترجح العكس، كبيع الطير في الهواء والسمك في الماء(٢٦) وكل العقود التي لا يتم فيها معرفة المحل ومعاينته أو وصفه في الذمة وصفاً دقيقاً يحول دون النزاع حوله، وبيع اللبن في الضرع وبيع شيء قبل قبضه، فرغم أن هذه البيوع تولد الحق في الحق، إلا أنها بيوع باطلة.

ـ كذلك التعامل في المجالات المحرمة هو تعامل باطل ولا تترتب عليه أية حقوق، ومن باب أولى لا تقوم بصدده أية حقوق في الحقوق ومثال ذلك التعامل في شيء من الخبائث كالدخان(٢٧) أو شراء سلعة لاستخدامها في محرم(٢٨) أو التعامل في بيع طيور أو حيوانات محنطة(٢٩) أو التعامل في الكلاب(٣٠)، أو القطط أو القردة وكل ذي ناب من السباع(٣١) أو الثعابين أو السحالي(٣٢) أو آلات اللهو والخمور والحشيش(٣٣)

(٢٠) د. حسن الشاذلي، الشرط في العقد، رسالة الأزهر، غير مطبوعة ص ٩٨ وما بعدها.
(٢١) الشيخ زكي الدين شعبان، الشروط في العقود، مخطوطة، الأزهر ١٩٤٥م، ص ٧ وما بعدها.
(٢٢) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب، نقلها الشيخ عليش على هامش فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، انظر مجلة هيئة قضايا الدولة ومستخرجها عام ١٩٨٣م ص ٨ وما بعدها.
(٢٣) د. عبدالناصر العطار، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ط ١ ص ٣٣٨. وما بعدها.
(٢٤) الشيخ بدران أبو العينين بدران، نظرية العقد في الفقه الإسلامي ط ١ بيروت ص ٣٧٨.
(٢٥) الشيخ محمد الصديق الأمين الضرير، عقود الغرر ط ١ ص ٣٧ وما بعدها.
(٢٦) د. صوفي أبو طالب، نظرية الالتزامات في القانون الروماني ط ١٩٦٣م ص ١٣٧، وما بعدها، وبدر البدراوي، القانون الروماني ط ١٩٥١م ص ٦٧٥ وما بعدها.
(٢٧) الفتورى ذات الرقم ٤٩٤٧ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٢٨) الفتورى ذات الرقم ٨٢٣٤ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٢٩) الفتوى ذات الرقم ٥٣٥٠ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية..
(٣٠) الفتوى ذات الرقم ٦٥٥٤ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٣١) الفتوى ذات الرقم ١٨٥٦٤ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٣٢) الفتوى ذات الرقم ١٨٨٠٧ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.

والخنازير(٣٤)، والعطور التي بلغت نسبة الكحول فيها حد الإسكار(٣٥) والجراك(٣٦) والمجلات الخليعة(٣٧) والتعامل في الزهور بيعاً وشراء(٣٨) أو زينة النساء بشرط أن يكون القصد منها استعمالها في محرم(٣٩)، والمعادن والأحجار المشغولة بالآيات القرآنية ولفظ الجلالة(٤٠) أو الميتة المحرمة(٤١)، أو مكافأة بيع الدم(٤٢) أو بيع صور ذوات الأرواح أو شرائها(٤٣) أو المجلات التي بها صور أزياء مختلفة تروج الفتنة(٤٤) فكل هذه الحالات تمثل تعاملاً في محرم ولذا لا يترتب عليها أي حق، ولا تحمي المحاكم أصحابها والمطالبين بحقوق ناجمة عنها أو مجرد الادعاء بوجود حق في هذا الحق، ومثال ذلك أيضاً الديون الخاصة بالتأمين التجاري(٤٥)، وبيع الفيز(٤٦)، أو السلع المغصوبة أو المسروقة(٤٧) أو محصول الحدائق لمدة خمس سنوات(٤٨)، وذلك لما يورثه من غرر» أو بيع المجهول الفاقد للعلم بالمبيع برؤية أو صفة(٤٩) وكافة بيوع الربا، أما الزيادة التي يضيفها البائع عند البيع بالدين فليست ربا(٥٠) وكذلك الكسب الذي يزيد عن ١٠٪ «عشرة بالمائة»(٥١) أو بيع السلعة بثمن أقل لغير من أُشتريت منه(٥٢) ويعد محرماً غير جائز شرعاً: شراء وبيع أسهم الشركات التي تتعامل بالربا أخذاً أو عطاء بسبب الغرر والجهالة والربا(٥٣) وكل استخدام

(٣٣) نفس الفتوى ذات الرقم ١٨٨٠٧ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٣٤) الفتوى ذات الرقم ١١٩٦٧ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٣٥) الفتوى ذات الرقم ٦٩٠٧ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٣٦) الفتوى ذات الرقم ١٤٠٧ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٣٧) الفتوى ذات الرقم ١٣٨٥٣ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٣٨) الفتوى ذات الرقم ١٧١٥٦ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٣٩) الفتوى ذات الرقم ٧٣٥٩ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٤٠) الفتوى ذات الرقم ١٧٦٥٩ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٤١) الفتوى ذات الرقم ١٨١٨ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٤٢) الفتوى ذات الرقم ٨٠٩٦ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٤٣) الفتوى ذات الرقم ١٩٧٤ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٤٤) الفتوى ذات الرقم ٨٣٢١ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٤٥) الفتوى ذات الرقم ٥٤٣٦ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٤٦) الفتوى ذات الرقم ١٣٢٦٣ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٤٧) الفتوى ذات الرقم ١٩٦٣٧ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٤٨) الفتوى ذات الرقم ١١٥٩٤ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٤٩) الفتوى ذات الرقم ١٩٣٠١ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٥٠) الفتوى ذات الرقم ٤٥٥٢ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٥١) الفتوى ذات الرقم ٧٣٣٩ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٥٢) الفتوى ذات الرقم ٩٨٦ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.

وتشغيل للمستقدمين يخالف ما أقرته الدولة للمصلحة العامة ممنوع(٥٤) وكل ما يأخذه المستقدمون من العمال مقابل تمكينهم من العمل عند غيرهم يعد محرماً لأن طاعة ولي الأمر في المعروف واجبة(٥٥) وتأجير ذات الرقم السيارة للغير(٥٦) أو أخذ نسبة من العمال وتركهم يعملون لدى الغير(٥٧) واستخدام كافر كخادم أو سائق(٥٨) في الجزيرة العربية، أو تأسيس مصنع للخمور(٥٩) أو تأجير منزل لبيع الخمر فيه(٦٠) والأمثلة بعد كثيرة ولكن ما تقدم يعتبر كافياً لاستظهار أن كل ما لا ينتج حقاً مشروعاً فإنه لا ينشىء مرحلة أدنى من الحق وهي مرحلة الحق في الحق. (٦١)

فالحق في الحق مرحلة تسبق اكتساب الحق النهائي(٦٢) وفيها يكون للإنسان حق في أن يصبح صاحب حق، والشريعة الإسلامية تحمي صاحب الحق في الحق بشروط(٦٣) يمكن جمعها من مظانها في مختلف كتب الفقه الإسلامي وهو ما يبحث من خلال فكرة الخيارات وغيرها.

ثانياً: شروط إسباغ القضاء حمايته على الحق في الحق.

وعن الأمثلة المتقدمة نقول: إنه باستثناء الحق في الحق الناجز أو المضاف إلى أجل أو المعلق على شرط صحيح، يكون غيرها محرماً وغير جائز ولا يتولد عنه حق في الحق، ولا تملك المحاكم القضاء فيه، بما يخالف شرع الله، وهذا واضح تماماً في المملكة العربية السعودية، وفي مصر(٦٤) بعد أن نص النظام الأساس للدولة أو دستورها على أن الشريعة

(٥٣) الفتوى ذات الرقم ١١٩٦٧ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٥٤) الفتوى ذات الرقم ٥٨٤٦ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٥٥) الفتوى ذات الرقم ٥٨٤٦ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٥٦) الفتوى ذات الرقم ٧٦٩٩ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٥٧) الفتوى ذات الرقم ٢٠٠٥٧ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٥٨) الفتوى ذات الرقم ٩٦٠٧ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٥٩) الفتوى ذات الرقم ٤٤٣ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٦٠) الفتوى ذات الرقم ١٩٨٨ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
(٦١) يستخلص هذا من كتاب الرد على المنطقيين لشيخ الإسلام ابن تيمية ط لاهور السابعة ص ٣٨ وما بعدها.
(٦٢) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ط أولى ج ١ ص ٧٣٠ وما بعدها. وج ٣ «أوصاف الالتزام» ص ٣٨ وما بعدها.
(٦٣) د. الشحات محمد الجندي، نظرية العقد ط طنطا ١٩٩٧ ص ١٨ وما بعدها.
(٦٤) د. محمد شتا أبو سعد، التعليق على القانون المدني ج ١ ص ١٢٠٠ وما بعدها وج ٢ ص ١٤٠٠ وما بعدها وج ٣ ص ١٥٨٠ وما بعدها، وج ٤ ص ١٥٢٠.

الإسلامية هي المصدر الأساس للتشريع، وفي النظام المدني السوداني لعام ١٩٨٤م(٦٥) وفقاً لضوابط قانون أصول الأحكام القضائية، واليمن(٦٦)، والعراق، وبعض النصوص في القانون المدني الكويتي ونظام المعاملات المدنية الإماراتي(٦٧)، والقانون المدني السوري(٦٨)، وبعض نصوص قانون الموجبات والعقود اللبناني(٦٩)، والمجلة التونسية(٧٠) ونظام المسطرة المدنية المغربي(٧١)، وقد يكون للحس الأخلاقي دور في الأنشطة والسوابق التي لا تعرف الشريعة الإسلامية، ومثال ذلك ما ورد في سابقة ريلاندز ضد فلتشر(٧٢) وسابقة الفرصة الأخيرة الواضحة(٧٣)، حيث تستند السابقتان إلى أفكار أخلاقية رغم تعلق الأمر بمسؤولية تقصيرية لا عقدية، وهو ما نجده أيضاً في قانون الإجراءات المدنية الهندي(٧٤) حيث لا تقبل الدعاوى بحقوق غير مشروعة، وأيا ما كان الأمر فلا حق لصاحب الحق في الحق أن يطلب الحماية القضائية له إلا إذا توافرت الشروط الآتية:

١ ـ أن يكون العقد الذي سيتولد عنه الحق في الحق عقداً صحيحاً: بأن يكون التراضي فيه صحيحاً، ارتبط الإيجاب فيه بالقبول على نحو يظهر أثره في المحل(٧٥) ظهوراً

(٦٥) د. محمد شتا أبو سعد، شرح قانون المعاملات المدنية الإسلامي السوداني ص ١٩ طبعة جامعة القاهرة ج ١ ولنفس المؤلف شرح قانون أصول الأحكام القضائية الإسلامي السوداني، طبعة جامعة القاهرة ١٩٨٤ ص ٧ وما بعدها.
(٦٦) د. محمد الغشم، شرح القانون المدني اليمني ج ٢ في الالتزامات ص ٢٩٤ وما بعدها.
(٦٧) د. محمد شتا أبو سعد، كلمات في دور الشريعة في القانون الإماراتي ط، القاهرة ص ٨٨ وما بعدها.
(٦٨) د. مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ج ٢ ص ١٨ وما بعدها.
(٦٩) صبحي المحمصاني: شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني ط ١ ج ٢ ص ١٨٨ وما بعدها.
(٧٠) محمد بن الشيخ، التعليق على المجلة ط ١٩٥٨ ص ٣٤٧ وما بعدها.
(٧١) إشارة إلى ذلك في د. عبدالرشيد مأمون شديد، مذكرات غير مطبوعة، جامعة وجدة ١٩٧٦م ص ١٨ وما بعدها.
(٧٢) وينفلد، قانون الأخطاء ط ١٧ لندن ص ٨٠ وما بعدها وكلارك وليندسل قانون الأخطاء ط ٩ ص ٢٠٧ وما بعدها.
(٧٣) د. محمد لبيب شنب، النظام القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية ط ١ ص ٣٣٧ وما بعدها.
(٧٤) انظر مولا، شرح قانون الإجراءات المدنية ط٣ ص ٤٧ وما بعدها، وساركار، ط١ ص ٢٣٥، وما بعدها وأجارا واللا، شرح نفس القانون ط١ ص ٣٥٧ وما بعدها «بالإنجليزية».
(٧٥) انظر مثالاً في شرح الرصاع ج ٢ ص ٥٣٩ والشرح الصغير للدردير ج ٤ ص ٩٧ وحاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٣٥٧ والمغني ج ٨ ص ٨٤ وهو يتعلق بتعريف الوقف شرعاً وانظر المادة ٤٣٣ من مجلة الأحكام العدلية بصدر الإجارة وشرح مجلة الأحكام «درر الحكام» لعلي حيدر تعريب فهمي الحسيني، الكتاب الأول ص ٤٠١, ٤٠٢.

مشروعاً، فإن كان العقد غير صحيح فلا تترتب عليه حقوق، ولا حقوق في هذه الحقوق، فإذا تخلف القبول فلا عقد أصلاً، ولكن العلة الشرعية يمكن أن يتراخى عنها معلولها، ويضرب الفقه مثلاً لذلك بانعقاد الإيجار فإنه يحدث بنسبة حدوث المنافع لحظة بعد لحظة، وكالملك الذي هو حكم العقد فإنه يمكن فصله بأن يكون البيع بشرط الخيار(٧٦) وليس كل عقد تنفك فيه العلة من المعلول يرتب حقاً في الحق وإن كان يمكن أن يرتب الحق ذاته، فمثال ذلك الإيجار فهو يرتب حقاً، ومثال البيع بشرط الخيار فهو يرتب مجرد حق في الحق إلى حين إمضاء الخيار فيتأكد الحق.

وقد استطاع باحث عربي هو إبراهيم نجار(٧٧) أن ينال درجة الدكتوراه من فرنسا في موضوع الخيارات في الفقه الإسلامي، ووضع بذلك يد الباحثين الفرنسيين على مظاهر القوة في الفقه الإسلامي واستطاع من بعده باحث فرنسي يدعى برونو سيليس(٧٨) أن يعمق البحث في موضوع التحفظ وبحث المرحلة التي تسبق موافقة المتعاقد على العقد أو رفضه، كما بحث مسألة حق الإنسان في أن يقول «نعم» ويحتفظ بحقه مستقبلاً في أن يقول لا، انطلاقاً من فكرة مجال الخيارات (Les options) فكانت نظرية التحفظ (Reseirve) وليدة الفكر الإسلامي في مجال الخيارات، والمهم بعد ذلك أن هذه العقود المقرونة بالخيار أو التحفظ تولد حقاً في الحق يحميه القانون في تلك الدول انطلاقاً من حماية الشريعة الإسلامية له، وهذا مبحث دقيق، وشرط حماية الحق في الحق أن يكون العقد الذي انطوى على الخيار أو التحفظ عقداً صحيحاً شرعاً، فإن داخله شيء من عدم الصحة امتنعت الحماية القضائية للحق في الحق.

ويلاحظ أن العقد المقرون بالخيار ليس وعداً، ولذا لا يتعرض لما يتعرض له الوعد من نقاش وجدل، مع أن الفقه الشرعي في السعودية ممثلاً في بعض رجال القضاء قد انتهى إلى إلزامية الوعد.

(٧٦) شرح المجلة السابق «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» نفس الموضع.

(77) PP.304.8.IBrahim Najjar,... Option... S.D. Pr, Sous la direction H.S. Paris

(78)Bruno selice, la reserve et la nom vouloir dans les actes jwidique, P.D. P. Pous la direction H. S Paris pp.4 -160.

٢ ـ أن تنصرف الصحة في العقد إلى التراضي عليه والمحل فيه والباعث الدافع إلى إبرامه.

كالبيع مثلاً، باعتباره مبادلة مال بمال(٧٩)، أو مبادلة نقد بغيره من المال ويجب أن يكون ركن البيع، الذي يعنى ما هيته، وهو ما يطلق عليه التراضي كجماع للإيجاب والقبول ـ يجب أن يكون ـ صحيحاً، وتقول المادة ٣٤٤ من مرشد الحيران(٨٠) لا يصح البيع إلا بتراضي العاقدين، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، وتعيين. الثمن والمثمن إلا إذا كان لا يحتاج معه إلى التسليم والتسلم، فإنه يصح بدون معرفه قدرا المبيع.

وإذن فلا بد أن يكون الإيجاب والقبول صحيحين، وواقعين على محل يظهر أثر الإيجاب والقبول فيه، كما يجب أن يكون الباعث الدافع إلى التعاقد مشروعاً، أي تقره الشريعة الغراء، فمن يشتري مكاناً لجعله مقهى يلعب فيه القمار أو يباشَر فيه عملٌ غير مشروع، فالعقد باطل، لأنه مخالف للنظام العام الإسلامي، وقد أورد ابن قدامة: أن بيع العصير لمشترٍ يُعتقد أنه يتخذه خمراً محرم، وكرهه الشافعي، وذكر بعض أصحابه: أن البائع إذا اعتقد أنه يعصره خمراً فهو محرم، وإنما يكره إذا شك فيه»(٨١)، وليس لقائل أن يقول إن البيع تم صحيحاً بشروطه وأركانه، ذلك أن المانع من البيع قد وجد فيحرم البيع ويبطل إذا علم البائع قصد المشتري» أي انصراف إرادته لذلك.

الثمرة العلمية:

وإذا كان العقد غير صحيح فإنه لا يرتب حقاً، ومن ثم لا يجوز أن يترتب عليه حق في الحق، فإذا تداعى شخص أمام القضاء السعودي مطالباً بحماية حقه الاحتمالي أو حقه في الحق وفق قانون أو نظام مّا، فإن القضاء السعودي يستبعد القانون أو النظام الأجنبي،

(٧٩) الشيخ علي الخفيف، المعاملات في الفقه الإسلامي، بدون ص ٣٠٤ والمادة ١٠٥ من مجلة الأحكام العدلية.

(٨٠) نصوص حاول صياغتها قدري باشا رحمه الله.

(٨١) المغني، تحقيق الدكتور عبدالله بن عبدالمحسن التركي والدكتور عبدالفتاح محمد الحلو، الجزء السادس، دار هجر، القاهرة ط ٢، ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م ذات الرقم ٧٦٥ ص ٣١٧، ٣١٨، ٣١٩، وقد وردت في عبارات ابن قدامة كلمة القصد التي ذكرناها في المتن واضحة الدلالة على انصراف الإرادة، أي ثبوت الباعث الدافع إلى اتخاذ العصير خمراً، وهذا أمر لم يبصر به الفقه الوضعي الغربي إلا منذ قرن واحد تقريباً.

حتى وإن كان واجب التطبيق، لمخالفته النظام العام الإسلامي والآداب الإسلامية، ويرفض دعوى الأجنبي، وإنما تجدر ملاحظة مقتضى النص الإسلامي، إذا أشار بعدم جواز الاعتراف بالحق المقول أنه نشأ في الخارج، لأن القاعدة الشرعية الإسلامية تنفي نشوء الحق فعلاً، ومثال ذلك ما أورده ابن قدامة من أنه «يحرم الربا في دار الحرب كتحريمه في دار الإسلام، وبه قال مالك والأوزاعي وأبو يوسف والشافعي وإسحاق. . لأن ما كان محرماً في دار الإسلام فهو محرم في دار الحرب»(٨٢).

ثانياً: هل عرف فقهاء الإسلام فكرة الحق في الحق

سبقت الإشارة إلى أن بعض الباحثين في الغرب أثبتوا في رسائلهم للدكتوراه بالغرب معرفة فقهاء الإسلام لهذا المصطلح قبل أن يبصر به سواهم، ويمكن أن نضرب أمثلة عامة لذلك من خلال النظريات العامة الإسلامية الآتية:

أولاً: نظرية الخيارات:

كثير من المنبهرين بالتقنيات الغربية، ينظرون إليها على أساس أنها تمثل أرقى درجات التفكير العلمي القانوني، وهذا خطأ كبير، وعلى سبيل المثال يعد تابعو التقنين الفرنسي «تقنين نابليون»(٨٣) ـ في مصر، وسوريا ولبنان والمغرب وتونس والجزائر، وليبيا، والسودان في بعض الفترات وموريتانيا، والكويت، ودولة الإمارات العربية، واليمن يعدون هذا التقنين تقنيناً متكاملاً، وذلك على الرغم من أن هذا التقنين لا ينطوي على

(٨٢) انظر في الأثر المخفف للنظام العام بالنسبة للاعتراف بالحق أو الحق في الحق الذي نشأ في الخارج، د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص ط١ عام ١٩٥٥م ص ٣٠٤، وما بعدها، ولم يقل ابن قدامة ببطلان عقد بيع من يشتري العصير ليتخذه خمراً فقط وإنما ضرب جملة أمثلة، منها البيع أو الشراء المخالف لنهيه صلى الله عليه وسلم عن تلقي الركبان، لأن أبا هريرة روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه واشترى منه، فإذا أتى السوق فهو بالخيار» رواه مسلم، في باب تلقي الجلب، من كتاب البيوع، صحيح مسلم ٣/١١٥٧، كما أخرجه أبو داود في: باب في التلقي، من كتاب البيوع: السنن ٢/٢٤١، والترمذي والنسائي وابن ماجة والدارمي، ورواه الإمام أحمد في مسنده ٢/٤٨٨، وانظر في تحريم الربا في دار الحرب، المغني لابن قدامة ج ٦ تحقيق التركي، والحلو، والقاهرة ـ دار هجر ص ٩٨ ـ ٩٩.

(٨٣) انظر على سبيل المثال مؤلفات محمد كامل باشا مرسي، المعنية كثيراً بترجمة النصوص إلى الفرنسية وهي ظاهرة منتقدة بقدر ما فيها من حسن نية، ومنها الالتزامات ط ١.

نظرية عامة للإثراء بلا سبب، والتعسف في استعمال الحق وخطته في نظريات الغير والسند والخطأ والبطلان غير دقيقة فضلاً عن أنه تقنين محاب للبرجوازية ومشبع بروح فردية، ولا يعترف بحقوق الجماعات(٨٤)

ولذا جاء القانون المدني المصري، برغم تقدمه على التقنين الفرنسي مشبعاً بروحه، وجاء التقنينان التونسي والمراكشي منطويين على كثير من العيوب، فقد وضعت اللجنة التونسية التي كان من بين أعضائها سانتيلانا وبرج مجلة العقود والالتزامات التونسية معتدة بالقانون الفرنسي أساساً له حتى صدر بمرسوم من الباي في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٦.

وكذلك تأثر التقنين المراكشي بالتقنين الفرنسي تأثراً كبيراً رغم أن التقنين المراكشي كان أكثر اختصاراً من التقنين التونسي، ذلك أن اللجنة التي وضعته كانت مكونة من برج «الذي ساهم في وضع تقنين تونس» وتيسييه ولابراديل. (٨٥)

والحق أن الفقه الإسلامي، فتح باب حماية الحق في الحق، من خلال موضوعات عديدة، يهمنا منها الآن الإشارة إلى فكرة الخيارات وأساس الحماية القضائية لصاحبها، دون إغراق في التفصيلات أو الموازنات الفقهية، فذلك ليس هدفنا الآن، وإنما نكتفي بإصابة ما نعتقد شرعاً أنه كبد الحقيقة في هذا الموضوع بإيجاز يحمي السياق العام لهذه الفكرة الشائكة.

الخيار فكرة إسلامية(٨٦) تعبر عن حقيقة علمية، مؤداها في البيع، على سبيل المثال،

(٨٤) جوسران، القانون المدني ج ١ ط١ باريس الفقرتان ٣٨, ٣٩، وانظر موران في مجلة الجمعية الفرنسية الفلسفية صن ١٩٢٤ ص ١١٥ ود عبدالرزاق السنهوري في مقاله عن القانون المدني العراقي ص ١٣ هامش ١.

(٨٥) ويسري ذلك على التقنين السوري، المنقول من التقنين المصري تقريباً، والتقنين الليبي المنقول حرفياً من التقنين المصري حتى إنه تكلم عن طرح النهر رغم أنه ليس في ليبيا نهر، وكذلك التقنين اللبناني الأكثر قرباً من التقنين الفرنسي، فرغم أنه أكثر تقدماً من مجلة الأحكام العدلية إلا إنه أكثر تأثراً بالتقنين الفرنسي والمشروع الفرنسي الإيطالي، لذا فإنه يحمل من عيوبهما الكثير، «انظر مقدمة الأستاذ ريبير لرسالة فيفور دنوحول المشروع الفرنسي الايطالي، باريس سنة ١٩٣٢م ص ٥ وبحث د. عبدالرزاق السنهوري، السابق ص ٢٥

(٨٦) نأمل مستقبلاً إن شاء الله تعالى أن نجلي غموض بعض الأفكار مثل: النظرية، والفكرة والمبدأ والقاعدة، والنظام القانوني وغير ذلك من المفاهيم التي تغم علينا أحياناً مع أننا نجد أصولها الحقيقية في الفقه الإسلامي، انظر في ذلك نظرية الالتزام عند الحطاب، ومبدأ السمو المطلق للتشريع الإسلامي في كتاب د. محمد شتا أبو سعد.

أصول النظام القضائي في المملكة العربية السعودية ط ١٩٨٣م، والمفاهيم الأخرى في كتابه المدخل لدراسة علم استشراق المستقبل ط١ سنة ٢٠٠٠م.

أن البيع رغم الاتفاق عليه، لا يكتسب صفة النهائية(٨٧) كما يقول دارسو الفقه الإسلامي في الغرب(٨٨) إلا بعد أن يتفرق المتعاقدان دون اشتراط حق الفسخ، أما قبل ذلك فالبيع جائز ولكن يكون لكل من المتبايعين خيار الفسخ قبل التفرق، وبيع الخيار، وعلى ما أكده فقه الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله «يقع جائزاً ولكل من المتبايعين الخيار في فسخ البيع، ما داما مجتمعين، لم يتفرقا، وهو قول أكثر أهل العلم، يروى ذلك عن عمر وابنه عبدالله، وابن عباس، وأبي هريرة، وأبي برزة وبه قال سعيد بن المسيب، وشريح والشعبي وعطاء وطاووس والزهري والأوزاعي وابن أبي ذئب والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور. (٨٩) رضي الله عنهم جميعاً.

وعلى ذلك يكون لكل من الطرفين قبل التفرق حق في أن يكون صاحب حق في الحق النهائي، وهو أيضاً صاحب حق حال في الاستمرار لصاحب حق طالما لم ينقطع ذلك بالتفرق، إذ يتأكد الحق النهائي أو يزول بحسب مآل الحال، فقد روى عمر بن الخطاب في حديث متفق عليه، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال« إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار، ما لم يتفرقا، وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك أحدهما البيع، فقد وجب البيع» وقد قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه الأئمة كلهم: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»(٩٠).

وأساس الحماية القضائية لصاحب الخيار قبل سقوطه أو بطلانه، أن له بذرة حق Germe de droit كما فهم ذلك الباحثون، وكما استقاه الغرب من فقه الشريعة الغراء، فلو حاول شخص الاعتداء على الحق الذي اشتراه شخص معين بعقد فيه خيار فإن من حق هذا الأخير أن يطلب من البائع منع من يحاول غصبه، وله كذلك أن يطلب من القضاء

(٨٧) جان موريس فردييه، الحقوق الاحتمالية، دراسة في التكون المتتابع للحق، ١٩٥٥م باريس ص ١٨ وما بعدها.

(٨٨) أنطوان فيالار، المسؤولية المدنية، وهران ١٩٧٥م بالفرنسية ص ٢٨ وما بعدها.

(٨٩) المغني لابن قدامة، تحقيق التركي، والحلو طبعة هجر ج٦ ذات الرقم ٧٠٠ ص ١٠ وما بعدها.

(٩٠) انظر في كل ذلك المغني ج٦ ص ص١٠, ١١ والمواضع التي أشار إليها في تخريج الحديث.

منع الغير من الاستمرار في فعل لو تم لشكل تعارضاً له في حقه أو اعتداء عليه، وهذا أمر يقره نظام المرافعات الشرعية الجديد لعام ١٤٢١هـ في غير موضع، وأساس ذلك أن هذا الحق أو الحق في الحق أو المصلحة المحتملة يقصد به الاحتياط لدفع ضرر محدق في مفهوم المادة الرابعة التي تنص على أنه: «لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة مشروعة ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة، إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع، وإذا ظهر للقاضي أن الدعوى صورية كان عليه رفضها، وله الحكم على المدعي بنكال»(٩١)

ووجه الاستدلال بهذا النص أن الحماية فيه ممكنة للمصلحة المحتملة، وهي دون الحق في الحق، ولذا تكون حماية الحق في الحق، من باب أولى، وهذا الاستنتاج لا مخالفة فيه لقواعد الشريعة(٩٢) الغراء ولا لأصول الفقه الإسلامي(٩٣)، وأخصُّها في هذا الصدد: القياسُ لكونه «دليلاً من أدلة الشرع»(٩٤)

وقد ذكر أبو على الطبري من أصحاب الشافعي في هذا الصدد ما يؤكد صحة القياس، وهو «أن العلة ـ إذا اتفق الفرع مع الأصل في الاسم بالجنس والمعنى ـ كانت أولى»(٩٥) وهو قائم من باب أولى في المسألة المعروضة.

ثانياً: نظرية الغرر:

بيوع الغرر وكافة التصرفات التي تنطوي على غرر، منهي عنه، ا شرعاً ويمكن التمهيد لعرض فكرة نشوء الحق في الحق، في هذه البيوع أو التصرفات التي تورث غرراً بأمرين أولهما:

(٩١) انظر د. عبدالمنعم الشرقاوي، نظرية المصلحة، رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة طبعة أولى عام ١٩٤٧م ص ١٨ وما بعدها.

(٩٢) فحماية الأقل شرعاً تقتضي حماية الأكثر طالما لا لمخالفة في الأخير لشرع الله، والحق في الحق المستند إلى خيار هو حق شرعي يستند إلى حديث رسول الله ﷺ سالف الإشارة، انظر الشيخ محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي ط ١، ١٩٦٢م ص ٤٨٥ وما بعدها.

(٩٣) الشيخ عباس متولي حمادة، أصول الفقه ط ١٩٦٦م، القاهرة، دار النهضة العربية ص ١٤٢ وما بعدها وانظر مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٤٧ والمستصفى للغزالي ج ٢ ص ٣٢٥، وكشف الأسرار على أصول البزدوي ط ١٣٠٨هـ ص ٣٤٥.

(٩٤) ابن عقيل، الواضح في أصول الفقه، تحقيق د. عبداله التركي ١٤٢٠هـ ص ١٩٢.

(٩٥) الواضح في أصول الفقه، المصدر السابق، ص ٣٠٤.

أن الأصل في المعاملات الإباحة حتى يثبت من أدلة الشرع ما يخرجها عن هذا الأصل .
وثانيهما : أن من القواعد الفقهية المتفق عليها أن الأمور بمقاصدها لقول النبي صلى الله عليه وسلم «إنما الأعمال بالنيات . . » الحديث ، وعلى هذا يجب سد ذرائع الشر والفساد وإبطال الحيل التي يتوصل بها إلى تحليل المحرمات وإباحة المنكرات . (٩٦)

وبطلان التصرفات المنطوية على الغرر يجب فيها إعادة المتعاقدين أو المتصرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد (٩٧) ، والمتصرف إليه في هذه التصرفات ليس له أكثر من حق في حق ، فإذا وجد القضاء أن التصرف صحيح تحول حقه الناقص «الحق في الحق» إلى حق كامل «حق ناجز باتٌّ» وإذا وجد القضاء إن التصرف انطوى على غرر كثير لا يسير ، ثم قضى ببطلان التصرف فإن المتعاقدين يعادان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فيرد هذا الثمن ويرد ذلك المبيع على سبيل المثال ، فإذا استحال إعادتهما إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، بسبب تصرف المشتري في المبيع مثلاً ، أو البائع في الشيء الذي قايض به أو العين التي اتخذها ثمناً ، وجب إلزام كل منهما بتقديم مثل الشيء إن كان مثلياً ، وقيمته الحقيقية خالية من الغرر إن كان قيمياً ، وذلك نفياً للضرر (٩٨) ، ويمكن اللجوء للقضاء ، طلباً لحماية الحق في الحق ، مع ملاحظة ما تقدم بشأن فتاوى بيوع الغرر ، ويهمنا الآن الإشارة إلى أمرين يرتبان حقاً كاملاً ، وليس مجرد حق في الحق وإن كان يقع لبس شديد بشأنهما ، وقد حررهما الفقه الشرعيّ في السعودية ممثلاً في بعض رجال القضاء العلماء وهما حكم الإلزام بالوعد ديانة وقضاء وبيع العربون .

١ ـ محصلة حكم الوفاء بالوعد والإلزام به ديانة وقضاء :

خلاصة قول أهل العلم في هذا الصدد : أن الوعد ملزم وأنه لا غرر فيه ، وبيان ذلك :

أ ـ أن الوفاء بالوعد مستحب ومن مكارم الأخلاق وأن التخلف عن الوفاء به من الأمور المكروهة ولكنه لا يلزم قضاء .

---

(٩٦) اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، مجلة البحوث الإسلامية، العدد ٣٧ ص ٢٢.
(٩٧) د. جميل الشرقاوي، بطلان التصرف القانوني رسالة القاهرة ١٩٥٤م طبعة ١٩٥٦م مطبعة جامعة القاهرة ص ٢٦٨ وما بعدها، وانظر محمد الصديق الأمين الضرر، عقود الغرر ط ١ ص ٢٢٨ وما بعدها.
(٩٨) د. محمد شتا أبو سعد، لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ١٩٨٦م ص ٣٨، وما بعدها وفيه عرض مطول للآراء الفقهية في هذا الصدد وترجيح ما انتهى إليه في المتن.

ب ـ أن الوفاء بالوعد لازم ديانة وقضاء مطلقاً سواء أكان له سبب أم لا سبب له .

ج ـ أن الوفاء بالوعد لازم قضاء وليس ديانة إذا كان له سبب ودخل الموعود في سبب الوعد .

د ـ أن الوفاء بالوعد لازم قضاء وديانة إذا كان له سبب سواء أدخل الوعود في سبب الوعد أو لم يدخل .

هـ ـ أن الوفاء بالوعد لا يلزم ديانة ولا قضاء إذا لم يكن للوعد سبب بحيث لم يتضرر الموعود من إخلاف الوعد .

والذي رجحه من بحث هذا الموضوع «القول بلزوم الوفاء بالوعد مطلقاً سواء أكان للوعد سبب أم لم يكن له سبب» فهو قول «تسنده الأدلة الصريحة من كتاب الله تعالى ومن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن أقوال وأفعال بعض أصحاب رسول الله ﷺ، ومن القياس الصحيح على النذر ومن التوجيهات الصحيحة لأقوال مجموعة من أهل العلم بالتفسير والحديث واللغة والفقه، وفي القول بذلك مصلحة كبرى لعموم المسلمين وتسهيل لمعاملاتهم التجارية، وليس في ذلك ترتيب مضرة على الواعد فهو الذي التزم على نفسه ولغيره بما لا يلزمه ابتداءً طائعاً مختاراً غير مكره ولا مُلجأ، والوعد عهد وقد أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود والوعود والعهود وعد المتخلف عن الوفاء بالوعد متخلفاً بخصلة من خصال المنافقين وأن إخلاف الوعد كذب والكذب نوع من الفجور» . (٩٩)

وهذا الذي انتهى إليه هذا البحث المهم يدفع حركة البحث العلمي الشرعي في مجال العقود والالتزامات المترتبة عليها، وكذلك الوعود وما تفضي إليه من التزامات، دفعة قوية لاستخلاص مسائل علمية في مجال المسؤولية العقدية التي تترتب على الإخلال بتنفيذ الالتزام الإرادي سواء ظلت الإرادة قائمة على انفراد(١٠٠) في صورة وعد أو ارتبطت مع غيرها في صورة عقد(١٠١) فمتى نشأ الالتزام صحيحاً وأخل الملتزم بالتزامه

(٩٩) فضيلة الشيخ عبدالله بن سليمان بن منيع، بحث في الوعد وحكم الإلزام بالوفاء به ديانة وقضاء، مجلة البحوث الإسلامية، العدد ٣٦ ص ١٢٩ ـ ١٦١.

(١٠٠) د. أحمد سلامة، الإرادة المنفردة، بحث بالفرنسية، نال به درجة الدكتوراه، ونشر بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية بجامعة عين شمس، ولها صور مطبوعة في هيئة كتاب ط١ ص ٨ ـ ٢١٤.

فإنه يترتب للموعود له أو الموجب له حق في التعويض، أما إذا كان الالتزام ينقصه عنصر لا يتحقق إلا في وقت لاحق فهو صاحب حق في حق، ويستطيع حماية هذا الحق الناقص شرعاً ونظاماً، فمن ينظر إلى الوعد بجائزة، إذا توافرت شروطه شرعاً، يجد أن الموعود «أو الموعود له» لا يصبح صاحب حق إلا بإنجاز العمل المطلوب، كاكتشاف دواء لمرض عضال، أو الفوز بالسبق على أقرانه في عمل رياضي أو مسابقة مشروعة، ويظل حتى إنجاز العمل في المدة المحددة له صاحب حق في مجرد حق(١٠٢)، وليس صاحب حق نهائي، وحقه في الحق يخوله اللجوء للقضاء لحماية حقه في الحق، فإذا عدل الواعد عن وعده قبل انقضاء المدة التي حددها لإنجاز العمل ثم الحصول على الجائزة، حُق للموعود أن يلجأ للقضاء الالزام الواعد بالبقاء على وعده حتى نهاية المدة التي حددها للمسابقة، أو أداء التعويض الكافي له لقاء ما أجراه من بحوث أو أنفقه من أموال، ثقة في الواعد. (١٠٣)

ومن ينظر إلى الوصية بوصفها تصرفاً في التركة يضاف إلى ما بعد الموت(١٠٤) ، يجد أن الموصى له ليس صاحب حق ناجز، وإنما مجرد صاحب حق في حق، ولكن حقه في الحق ضعيف، لأن الحق النهائي حق قلق لا يستقر إلا بأمور منها موت الموصي مصرّاً على وصيته ومنها وعدم رد الموصى له الوصية لأن الوصية ترتد بالرد، ولذا كان أقصي ما يفعله الموصى له أن يتوجه إلى القضاء طالباً الحماية لحق محتمل أو مجرد أمل(١٠٥) ومثال ذلك أن تكون العين الموصى بها قد تعرضت لتعدٍّ أو غصب من جانب الغير فإن من حق الموصى له أن يطلب من القضاء إزالة هذا التعدي أو الغصب، استناداً إلى أنه صاحب

---

(١٠١) كالبيع مثلاً، باعتباره مبادلة المال بالمال تمليكاً وتملكاً، انظر المغني لابن قدامة ج ٦ تحقيق التركي والحلو ص ٥.

(١٠٢) د. محمد الشحات الجندي، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، طنطا، دروس لقسم الدكتوراه ١٩٩٧م ص ٢٨٨.

(١٠٣) د. محمد شتا أبو سعد، معالم نظرية الالتزام المدني الإرادي في الفقه المالكي، دراسة في نظرية تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب مطبوعة على هامش فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، ومطبوعة استقلالاً، بحث نشر بمجلة إدارة قضايا الحكومة، مستلة في كتاب، بدون ص ٢٧ وما بعدها.

(١٠٤) محمد سلام مدكور، الوصايا في الإسلام، وصية الله ووصية العبد، ط ١٩٦٥م ص ٣٧٧ وما بعدها.

(١٠٥) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط ج ٣ الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام ط ١٩٥٨ ص ٧ وما بعدها.

مصلحة محتملة، وفقاً لنظام المرافعات الشرعية الجديد.

ويمكن أن نلمح تذبذب الحماية بين الحق والحق في الحق في عقد الرهن، فهو عقد توثق، ولذا يطلق على: «المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إذا تعذر استيفاوه ممن هو عليه»(١٠٦) والدائن المرتهن لا يكون له إلا مجرد حق في الحق «إذا تصرف الراهن في الرهن قبل القبض. . لأنه أخرجه عن إمكان استيفاء الدين من ثمنه، أو فعل ما يدل على قصده ذلك»(١٠٧) «فإذا عاد فرده إليه، عاد اللزوم بحكم العقد السابق، قال أحمد في رواية ابن منصور: إذا ارتهن دارا ثم أكراها صاحبها خرجت من الرهن، فإذا رجعت إليه صارت رهناً»(١٠٨) فالدائن المرتهن وهو صاحب حق كامل في حماية حقه، يصبح مجرد صاحب حق في الحق بعد تصرف الراهن فيه وإلى أن يعيده فيكتمل له الحق وهكذا تندرج الحمايةوصورها في مثل هذه الأحوال جميعاً.

٢ ـ محصلة حكم بيع العربون:

عرف الباحثون في الأنظمة الوضعية العربون بأنه ثمن استعمال حق العدول عن شراء أو إجارة، حيث يتم الاتفاق بين طرفيه على تعيين هذا الثمن حتى يحق له العدول عن الالتزام بذلك العقد(١٠٩)

وعرفه أئمة الفقه الإسلامي بأنه هو أن يشتري الرجل الشيء أو يتكارى الدابة، ثم يقول للذي اشترى منه أو تكارى منه أعطيك ديناراً أو درهماً أو أكثر من ذلك أو أقل على أني إن أخذت السلعة أو ركبت ما تكاريت منك فالذي أعطيتك هو من ثمن السلعة أو من كراء الدابة، وإن تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة فما أعطيتك لك»(١١٠)وقيل في حكمه: إنه باطل(١١١) لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع العربان، كما أشرنا في الهامش

(١٠٦) المغني لابن قدامة ج ٦ تحقيق التركي والحلو ص ٤٤٣.
(١٠٧) المغني، نفس المصدر السابق ص ٤٨٨.
(١٠٨) المغني، نفس المصدر السابق ص ٤٨٩.
(١٠٩) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط ج ٤ ط أولى مصورة ١٩٦٨م ص ٨٦ وما بعدها.
(١١٠) موطأ الإمام مالك ج ٢ ص ٦٠٩.
(١١١) هذا هو قول جمهور من الحنفية والمالكية والشافعية لما رواه الإمام أحمد والنسائي وأبو داود ومالك في الموطأ عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده قال: نهى النبي ﷺ عن بيع العربان، انظر المصدر والموضع السابقين.

السابق، ولما فيه من غرر، ولأن المشتري شرط للبائع شيئاً بغير عوض ولأنه بمنزلة الخيار المجهول(١١٢)، وقيل إنه صحيح، فقد قال أحمد: «لا بأس به، وفعله عمر رضي الله عنه، وعن ابن عمر، أنه أجازه، وقال ابن سيرين لا بأس به، وقال سعيد بن المسيب، وابن سيرين: لا بأس ـ إذا كره السلعة ـ أن يردها، ويرد معها شيئاً، وقال أحمد: هذا في معناه»(١١٣) وقد رجح بعض الباحثين الرأي الثاني لحاجة الحركة الاقتصادية الدولية والمحلية إليه في التعامل وضمان جدية التعاقد واحترام وقت المتعاقدين وتحقيق الاطمئنان إلى سلامة التعامل والتحرك التجاريين(١١٤) وقد أصدر مجلس مجمع الفقه الإسلامي قراره ذا الرقم ٧٦/ م/ د ٨ مؤكداً فيه أن المراد ببيع العربون هو بيع السلعة مع دفع المشترى مبلغاً من المال إلى البائع على أنه إذا أخذ السلعة احتسب المبلغ من الثمن وإن تركها فالمبلغ للبائع. ويجري مجرى البيعِ الإجارةُ، لأنها بيع المنافع، ويستثنى من البيوع كل ما يشترط لصحته قبض أحد البدلين في مجلس العقد «السلم» أو قبض البدلين «مبادلة الأموال الربوية والصرف» ولا يجري في المرابحة للآمر بالشراء في مرحلة المواعدة ولكن يجري في مرحلة البيع التالية للمواعدة، ويجوز بيع العربون إذا قيدت فترة الانتظار بزمن محدود، ويحتسب العربون جزءاً من الثمن، إذا تم الشراء، ويكون من حق البائع إذا عدل المشتري عن الشراء»(١١٥)

والصحيح على ما تقدم أن بيع العربون ينشىء للمشترى حقاً في أن يكون صاحب حق في حق وهو احتساب المبلغ المدفوع جزءاً من الثمن وصيرورة السلعة من حقه، ولذا يكون له أن يرفع الدعاوى التحفظية التي يحافظ بها على المال الذي يتوقع حصوله عليه، وله رفع دعوى منع نفاذ أو عدم نفاذ تصرف البائع في المبيع لآخر بعد بيع العربون، كما

---

(١١٢) المغني ج ٦ ص ٣٣١، وقال الزرقاني في شرح موطأ الإمام مالك ج ٣ ص ٢٥١: «وهو باطل عند الفقهاء، لما فيه من الشرط والغرر وأكل أموال الناس بالباطل.

(١١٣) المغني ص ٦٦ ص ٣٣١.

(١١٤) د. محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، رسالة حقوق القاهرة عام ١٩٨٠ ص ١٦٨ وما بعدها.

(١١٥) صدر القرار في دورة المؤتمر الثامن في بندر سيري باجوان، بروناي دار السلام من ١ حتى ٧/ ١٤١٤هـ وانظر بحثا قيما في حكم بيع العربون لفضيلة الشيخ عبدالله بن سليمان المنيع، بمجلة البحوث الإسلامية ع ٤٣ ص ص٤٣ ١٥٩ ـ ١٨٢.

أنه يكون للبائع الحق في الاحتفاظ بالمبلغ الذي تقاضاه من المشتري عربوناً إن ترك المشتري السلعة، ولا يكون احتفاظه بالمبلغ في هذه الحالة أكلاً لأموال الناس بالباطل للأسباب الآتية:

أولاً: انتفاء الغرر النافي لأكل أموال الناس بالباطل، لأن العربون في هذه الحال ثمن حبس السلعة وعوض عن حرمان صاحبها من فرص عرضها للبيع، لتحصيل بيع ناجز قد يكون بسعر أفضل، والغرر منتف لأن قدر العربون معروف ولكي يكون العربون معتبراً لا بد له من مدة معينة تعطي دافع العربون مهلة ليختار أثناءها إمضاء العقد أو الرد(١١٦) والمدة هنا معلومة لا تورث غرراً، ثانياً: إن العربون لم يشترط للبائع بغير عوض، كما تقدم، فالانتظار بالبيع وتوقيف السلعة حتى يختار المشتري وتفويت فرصة البيع من شخص آخر لمدة معلومة هو عوض(١١٧) ويترتب على ذلك أن البائع في هذه الحالة له حق في حماية الحق الذي يترتب له مستقبلاً من جراء عدول المشتري عن الشراء.

إن نظرية حماية الحق في الحق نظرية دقيقة، بل بالغة الدقة، وقد وجد الغرب في الإسلام وفي الفقه الإسلامي الحلول المثلى لمشكلاته العملية، ونأمل أن نكون قد فتحنا باب استثارة ذهن الطلاب للتعمق اللاحق في تحليل هذه الفكرة الشرعية المشروعة، والله من وراء القصد وهو الهادي لأقوم سبيل، ونحن على أمل -إن شاء الله- باستكمال التحليل العملي لهذه الفكرة النظريةأسأل الله سبحانه أن يوفق الجميع لما فيه خير الإسلام والمسلمين، إنه سميع مجيب.

(١١٦) الشيخ عبدالله بن سليمان المنيع، البحث السابق.
(١١٧) د. عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق ط١ معهد البحوث ص ١٠١ ـ ١٠٢.